

# 東吳大學 103 學年度博士班招生考試試題

第 1 頁，共 7 頁

|    |             |      |        |
|----|-------------|------|--------|
| 系級 | 法律學系博士班 C 組 | 考試時間 | 100 分鐘 |
| 科目 | 憲法與行政法      | 本科總分 | 100 分  |

一、請依行政程序法規定及行政法法理說明下列問題：

- (一) 何謂「行政規則」？行政機關訂定「行政規則」之權限依據為何？(5 分)
- (二) 某法規主管機關，就他機關因處理個案需要函詢有關該法規之法律問題，將其法律見解函復該他機關，此函是否為「行政規則」？又如該法規主管機關進一步將其法律見解通函各機關，此一通函是否為「行政規則」？理由何在？(5 分)
- (三) 「行政規則」是否具對外效力(即對人民之效力)？理論依據為何？(10 分)
- (四) 行政法學討論「行政規則」對外效力之理論，有何意義？(10 分)

二、信賴保護原則於行政機關依職權撤銷違法之授益處分(含使第三人負擔之授益處分)時，有何意義？個案適用上有何具體標準？請依行政程序法規定及行政法法理說明之。(20 分)

三、試分析大法官釋字第 626 號解釋與釋字第 649 號解釋論理之異同。(20 分)

四、「積極平權措施」(affirmative action)與一般(典型)之差別待遇，有無不同？(10 分)  
大法官釋字第 719 號解釋與釋字第 649 號解釋之論理是否一致？(20 分)

(釋字 626, 649 & 719 號解釋詳如附件)

|    |             |      |        |
|----|-------------|------|--------|
| 系級 | 法律學系博士班 C 組 | 考試時間 | 100 分鐘 |
| 科目 | 憲法與行政法      | 本科總分 | 100 分  |

**附件：釋字第 626、649、719 號解釋**

【釋字第 626 號】(民國 96 年 6 月 8 日)

【解釋文】

憲法第七條規定，人民在法律上一律平等；第一百五十九條復規定：「國民受教育之機會，一律平等。」旨在確保人民享有接受各階段教育之公平機會。中央警察大學九十一學年度研究所碩士班入學考試招生簡章第七點第二款及第八點第二款，以有無色盲決定能否取得入學資格之規定，係為培養理論與實務兼備之警察專門人才，並求教育資源之有效運用，藉以提升警政之素質，促進法治國家之發展，其欲達成之目的洵屬重要公共利益；因警察工作之範圍廣泛、內容繁雜，職務常須輪調，隨時可能發生判斷顏色之需要，色盲者因此確有不適合擔任警察之正當理由，是上開招生簡章之規定與其目的間尚非無實質關聯，與憲法第七條及第一百五十九條規定並無抵觸。

【理由書】

按人民於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有抵觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法，司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款定有明文。系爭「中央警察大學（以下簡稱警大）九十一學年度研究所碩士班入學考試招生簡章」為警大就有關九十一學年度研究所碩士班招生事項，所訂定並對外發布之一般性法規範，該當於前開審理案件法第五條第一項第二款所稱之命令，得為本院違憲審查之客體，合先說明。

大學自治為憲法第十一條講學自由之保障範圍，大學對於教學、研究與學習之事項，享有自治權，其自治事項範圍除內部組織、課程設計、研究內容、學力評鑑、考試規則及畢業條件等外（本院釋字第三八〇號、第四五〇號及第五六三號解釋參照），亦包括入學資格在內，俾大學得藉以篩選學生，維繫學校品質，提升競爭力，並發展特色，實現教育理念。大學對於入學資格既享有自治權，自得以其自治規章，於合理及必要之範圍內，訂定相關入學資格條件，不生違反憲法第二十三條法律保留原則之問題。警大係內政部為達成研究高深警察學術、培養警察專門人才之雙重任務而設立之大學（內政部組織法第八條及中央警察大學組織條例第二條參照），隸屬內政部，負責警察之養成教育，並與國家警政水準之提升與社會治安之維持，息息相關。其雖因組織及任務上之特殊性，而與一般大學未盡相同，然「研究高深警察學術」既屬其設校宗旨，就涉及警察學術之教學、研究與學習之事項，包括入學資格條件，警大即仍得享有一定程度之自治權。是警大就入學資格條件事項，訂定系爭具大學自治規章性質之「中央警察大學九十一學年度研究所碩士班入學考試招生簡章」，明定以體格檢查及格為錄取條件，既未逾越自治範圍，即難指摘與法律保留原則有違。惟警大自治權之行使，應受其功能本質之限制，例如不得設立與警政無關之系列，且為確保其達成國家賦予之政策功能，而應接受比一般大學更多之國家監督，自不待言。是以入學資格為例，即使法律授權內政部得依其警察政策之特殊需求，為警大研究所碩士班之招生訂定一定資格標準，警大因而僅能循此資格標準訂定招生簡章，選取學生，或進一步要求警大擬定之招生簡章應事先層報內政部核定，雖均使警大之招生自主權大幅限縮，亦非為憲法所不許。

系爭「中央警察大學九十一學年度研究所碩士班入學考試招生簡章」乃警大為訂定入學資格條件所訂定之自治規章，在不違背自治權範圍內，固不生違反法律保留原則之問題，但仍受憲法所規定基本權之拘束。系爭招生簡章第七點第二款：「2.複試項目：含口試與體格檢查二項……」及第八點第二款：「其他人員：須通過下列檢查，不合格者，不予錄取。……3.考生有左項情形之一者，為體檢不合格：……辨色力—色盲（但刑事警察研究所及鑑識科學研究所，色弱者亦不錄取）……」之規定，因

# 東吳大學 103 學年度博士班招生考試試題

第 3 頁，共 7 頁

|    |             |      |        |
|----|-------------|------|--------|
| 系級 | 法律學系博士班 C 組 | 考試時間 | 100 分鐘 |
| 科目 | 憲法與行政法      | 本科總分 | 100 分  |

以色盲之有無決定能否取得入學資格，使色盲之考生因此不得進入警大接受教育，而涉有違反受教育權與平等權保障之虞，是否違憲，須受進一步之檢驗。

按人民受教育之權利，依其憲法規範基礎之不同，可區分為「受國民教育之權利」及「受國民教育以外教育之權利」。前者明定於憲法第二十一條，旨在使人民得請求國家提供以國民教育為內容之給付，國家亦有履行該項給付之義務。至於人民受國民教育以外教育之權利，固為憲法第二十二條所保障（本院釋字第三八二號解釋參照），惟鑑於教育資源有限，所保障者係以學生在校接受教育之權利不受國家恣意限制或剝奪為主要內容，並不包括賦予人民請求給予入學許可、提供特定教育給付之權利。是國民教育學校以外之各級各類學校訂定特定之入學資格，排除資格不符之考生入學就讀，例如系爭招生簡章排除色盲之考生進入警大就讀，尚不得謂已侵害該考生受憲法保障之受教育權。除非相關入學資格條件違反憲法第七條人民在法律上一律平等暨第一百五十九條國民受教育之機會一律平等之規定，而不當限制或剝奪人民受教育之公平機會，否則即不生抵觸憲法之問題。

至於系爭招生簡章規定以色盲為差別待遇之分類標準，使色盲之考生無從取得入學資格，是否侵害人民接受教育之公平機會，而違反平等權保障之問題，鑑於色盲非屬人力所得控制之生理缺陷，且此一差別對待涉及平等接受教育之機會，為憲法明文保障之事項，而教育對於個人日後工作之選擇、生涯之規劃及人格之健全發展影響深遠，甚至與社會地位及國家資源之分配息息相關，系爭規定自應受較為嚴格之審查。故系爭招生簡章之規定是否違反平等權之保障，應視其所欲達成之目的是否屬重要公共利益，且所採取分類標準及差別待遇之手段與目的之達成是否具有實質關聯而定。

警大因兼負培養警察專門人才與研究高深警察學術之雙重任務，期其學生畢業後均能投入警界，為國家社會治安投注心力，並在警察工作中運用所學，將理論與實務結合；若學生入學接受警察教育，卻未能勝任警察、治安等實務工作，將與警大設校宗旨不符。為求上開設校宗旨之達成及教育資源之有效運用，乃以無色盲為入學條件之一，預先排除不適合擔任警察之人。是項目的之達成，有助於警政素質之提升，並使社會治安、人權保障、警察形象及執法威信得以維持或改善，進而促進法治國家之發展，自屬重要公共利益。因警察工作之範圍廣泛、內容繁雜，職務常須輪調，隨時可能發生判斷顏色之需要，色盲者因此確有不適合擔任警察之正當理由。是系爭招生簡章規定排除色盲者之入學資格，集中有限教育資源於培育適合擔任警察之學生，自難謂與其所欲達成之目的間欠缺實質關聯。雖在現行制度下，警大畢業之一般生仍須另行參加警察特考，經考試及格後始取得警察任用資格而得擔任警察；且其於在校期間不享公費，亦不負有畢業後從事警察工作之義務，以致警大並不保障亦不強制所有一般生畢業後均從事警察工作。然此仍不妨礙警大在其所得決策之範圍內，儘可能追求符合設校宗旨及有效運用教育資源之目的，況所採排除色盲者入學之手段，亦確有助於前開目的之有效達成。是系爭招生簡章之規定與該目的間之實質關聯性，並不因此而受影響，與憲法第七條及第一百五十九條規定並無抵觸。

【釋字第 649 號】（民國 97 年 10 月 31 日）

【解釋文】

中華民國九十年十一月二十一日修正公布之身心障礙者保護法第三十七條第一項前段規定：「非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業。」（九十六年七月十一日該法名稱修正為身心障礙者權益保

|    |             |      |        |
|----|-------------|------|--------|
| 系級 | 法律學系博士班 C 組 | 考試時間 | 100 分鐘 |
| 科目 | 憲法與行政法      | 本科總分 | 100 分  |

障法，上開規定之「非本法所稱視覺障礙者」，經修正為「非視覺功能障礙者」，並移列為第四十六條第一項前段，規定意旨相同) 與憲法第七條平等權、第十五條工作權及第二十三條比例原則之規定不符，應自本解釋公布之日起至遲於屆滿三年時失其效力。

### 【理由書】

九十年十一月二十一日修正公布之身心障礙者保護法第三十七條第一項前段規定：「非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業。」(下稱系爭規定，九十六年七月十一日該法名稱修正為身心障礙者權益保障法，系爭規定之「非本法所稱視覺障礙者」，經修正為「非視覺功能障礙者」，並移列為第四十六條第一項前段，規定意旨相同) 係以保障視覺障礙者(下稱視障者)工作權為目的所採職業保留之優惠性差別待遇，亦係對非視障者工作權中之選擇職業自由所為之職業禁止，自應合於憲法第七條平等權、第十五條工作權及第二十三條比例原則之規定。

查視障非屬人力所得控制之生理狀態，系爭規定之差別待遇係以視障與否為分類標準，使多數非視障者均不得從事按摩業，影響甚鉅。基於我國視障者在成長、行動、學習、受教育等方面之諸多障礙，可供選擇之工作及職業種類較少，其弱勢之結構性地位不易改變，立法者乃衡酌視障者以按摩業為生由來已久之實際情況，且認為視障狀態適合於從事按摩，制定保護視障者權益之規定，本應予以尊重，惟仍須該規定所追求之目的為重要公共利益，所採禁止非視障者從事按摩業之手段，須對非視障者之權利並未造成過度限制，且有助於視障者工作權之維護，而與目的間有實質關聯者，方符合平等權之保障。按憲法基本權利規定本即特別著重弱勢者之保障，憲法第一百五十五條後段規定：「人民之老弱殘廢，無力生活，及受非常災患者，國家應予以適當之扶助與救濟。」以及憲法增修條文第十條第七項規定：「國家對於身心障礙者之保險與就醫、無障礙環境之建構、教育訓練與就業輔導及生活維護與救助，應予保障，並扶助其自立與發展。」顯已揭櫫扶助弱勢之原則。職是，國家保障視障者工作權確實具備重要公共利益，其優惠性差別待遇之目的合乎憲法相關規定之意旨。

六十九年殘障福利法制定施行之時，視障者得選擇之職業種類較少，禁止非視障者從事按摩業之規定，對有意選擇按摩為業之視障者確有助益，事實上視障就業者亦以相當高之比率選擇以按摩為業。惟按摩業依其工作性質與所需技能，原非僅視障者方能從事，隨著社會發展，按摩業就業與消費市場擴大，系爭規定對欲從事按摩業之非視障者造成過度限制。而同屬身心障礙之非視障者亦在禁止之列，並未如視障者享有職業保留之優惠。在視障者知識能力日漸提升，得選擇之職業種類日益增加下，系爭規定易使主管機關忽略視障者所具稟賦非僅侷限於從事按摩業，以致系爭規定施行近三十年而職業選擇多元之今日，仍未能大幅改善視障者之經社地位，目的與手段間難謂具備實質關聯性，從而有違憲法第七條保障平等權之意旨。

又按憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由，業經本院釋字第四〇四號、第五一〇號、第五八四號、第六一二號、第六三四號與第六三七號解釋在案。對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由，如屬應具備之主觀條件，乃指從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者，例如知識、學位、體能等，立法者欲對此加以限制，須有重要公共利益存在。而人民選擇職業應具備之客觀條件，係指對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違。

查系爭規定禁止非視障者從事按摩業，係屬對非視障者選擇職業自由之客觀條件限制。該規定旨

# 東吳大學 103 學年度博士班招生考試試題

第 5 頁，共 7 頁

|    |             |      |        |
|----|-------------|------|--------|
| 系級 | 法律學系博士班 C 組 | 考試時間 | 100 分鐘 |
| 科目 | 憲法與行政法      | 本科總分 | 100 分  |

在保障視障者之就業機會，徵諸憲法第一百五十五條後段及增修條文第十條第七項之意旨，自屬特別重要之公共利益，目的洵屬正當。惟鑑於社會之發展，按摩業之需求市場範圍擴大，而依規定，按摩業之手技甚為廣泛，包括「輕擦、揉捏、指壓、叩打、震顫、曲手、運動及其他特殊手技。」（九十七年三月五日廢止之視覺障礙者從事按摩業資格認定及管理辦法第四條、現行視覺功能障礙者從事按摩或理療按摩資格認定及管理辦法第四條第一款規定參照），系爭規定對非視障者從事按摩業之禁止，其範圍尚非明確，導致執行標準不一，使得非視障者從事類似相關工作及行業觸法之可能性大增，此有各級行政法院諸多裁判可稽。且按摩業並非僅得由視障者從事，有意從事按摩業者受相當之訓練並經檢定合格應即有就業之資格，將按摩業僅允准視障者從事，使有意投身專業按摩工作之非視障者須轉行或失業，未能形成多元競爭環境裨益消費者選擇，與所欲保障視障者工作權而生之就業利益相較，顯不相當。故系爭規定對於非視障者職業選擇自由之限制，實與憲法第二十三條比例原則不符，而牴觸憲法第十五條工作權之保障。

保障視障者之工作權，為特別重要之公共利益，應由主管機關就適合視障者從事之職業予以訓練輔導、保留適當之就業機會等促進就業之多元手段採行具體措施，並應對按摩業及相關事務為妥善之管理，兼顧視障與非視障者、消費與供給者之權益，且注意弱勢保障與市場機制之均衡，以有效促進視障者及其他身心障礙者之就業機會，踐履憲法扶助弱勢自立發展之意旨、促進實質平等之原則與精神。此等措施均須縝密之規劃與執行，故系爭規定應自本解釋公布之日起至遲於屆滿三年時失其效力。

【釋字第 719 號】（民國 103 年 4 月 18 日）

**【解釋文】**

原住民族工作權保障法第十二條第一項、第三項及政府採購法第九十八條，關於政府採購得標廠商於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，人數不得低於總人數百分之一，進用原住民人數未達標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金部分，尚無違背憲法第七條平等原則及第二十三條比例原則，與憲法第十五條保障之財產權及其與工作權內涵之營業自由之意旨並無不符。

**【理由書】**

人民營業之自由為憲法第十五條工作權及財產權所保障之內涵（本院釋字第五一四號、第六〇六號、第七一六號解釋參照）。國家對於財產權及營業自由之限制，應符合憲法第七條平等原則及第二十三條比例原則。法規範是否符合平等原則之要求，應視該法規範所以為差別待遇之目的是否正當，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字第六八二號、第六九四號、第七〇一號解釋參照）。另為正當公益之目的限制人民權利，其所採手段必要，且限制並未過當者，始與憲法第二十三條比例原則無違。

原住民族工作權保障法第十二條第一項規定：「依政府採購法得標之廠商，於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用原住民，其人數不得低於總人數百分之一。」同條第三項規定：「得標廠商進用原住民人數未達第一項標準者，應向原住民族綜合發展基金之就業基金繳納代金。」又政府採購法第九十八條亦規定：「得標廠商其於國內員工總人數逾一百人者，應於履約期間僱用身心障礙者及原住民，人數不得低於總人數百分之二，僱用不足者，……應繳納代金……。」其百分之二係包

# 東吳大學 103 學年度博士班招生考試試題

第 6 頁，共 7 頁

|    |             |      |        |
|----|-------------|------|--------|
| 系級 | 法律學系博士班 C 組 | 考試時間 | 100 分鐘 |
| 科目 | 憲法與行政法      | 本科總分 | 100 分  |

含身心障礙者及原住民至少各百分之一（身心障礙者權益保障法第三十八條第一項、第二項、政府採購法施行細則第一百零七條第二項規定參照；有關原住民部分併稱系爭規定）。系爭規定要求國內員工總人數逾一百人以上之政府採購得標廠商（下稱得標廠商），於履約期間須進用原住民總人數不得低於百分之一（下稱進用一定比例之原住民），係對其是否增僱或選擇受僱對象等營業自由形成一定限制，侵害其財產權及其與工作權內涵之營業自由。而得標廠商未達進用原住民之標準者須繳納代金，則屬對其財產權之侵害。

憲法第五條規定：「中華民國各民族一律平等。」憲法增修條文第十條第十二項並規定：「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促其發展……。」系爭規定係立法者為貫徹上開憲法暨憲法增修條文之意旨，促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況，而透過得標廠商比例進用之手段所為優惠措施，亦符合國際保障原住民族之精神（原住民族工作權保障法第一條、聯合國原住民族權利宣言(United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2007)第二十一條第二項前段：「各國應採取有效措施，並在適當情況下採取特別措施，確保原住民族的經濟和社會狀況持續得到改善」及國際勞工組織原住民和部落人民公約(Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169))第二十條第一項：「各國政府在適用於一般勞動者之法律無法對原住民族提供有效保障之情形，應於各該國法令架構下，與原住民族合作，採行特殊措施，以確保原住民族所屬勞動者在受僱及勞動條件上受到有效保障」參照)。是系爭規定係為維護重要之公共利益，目的洵屬正當。

政府採購係國家公務運作之一環，涉及國家預算之運用，與維護公共利益具有密切關係。系爭規定固然限制得標廠商之財產權及營業自由，然其僅係要求該廠商於其國內員工總人數每逾一百人者，應於履約期間僱用原住民一名，進用比例僅為百分之一，比例不大，整體而言，對廠商選擇僱用原住民之負擔尚無過重之虞；如未進用一定比例之原住民，亦得按每月基本工資為標準繳納代金代替，對於得標廠商營業自由之限制並未過當。又系爭規定並非規定得標廠商一律須繳納代金，而僅係於未進用一定比例之原住民時，始令得標廠商負繳納代金之義務；至代金是否過高而難以負擔，廠商於參與投標前本得自行評估。參諸得標廠商之繳納代金，係用以充實原住民族綜合發展基金之就業基金，進而促進原住民就業，改善其經濟與社會狀況，系爭規定就有關得標廠商繳納代金之規定，對得標廠商財產權之限制，與其所維護之公共利益間，尚非顯失均衡。綜上，系爭規定並未抵觸憲法第二十三條之比例原則，與憲法第十五條保障之財產權及其與工作權內涵之營業自由之意旨並無不符。

基於上開憲法暨憲法增修條文之意旨，國家具有保障扶助並促進原住民族發展之義務。系爭規定乃規範於政府採購制度下，以國內員工總人數是否逾一百人為分類標準，使逾百人之得標廠商，於履約期間負有進用一定比例原住民，以及未達比例者須繳納代金之義務，在政府採購市場形成因企業規模大小不同而有差別待遇。按系爭規定所以為差別待遇，係因國內員工總人數逾百人之廠商，其經營規模較大，僱用員工較具彈性，進用原住民以分擔國家上開義務之能力較高；且系爭規定所為進用比例為百分之一，以百人為差別待遇之分界，其用意旨在降低實現前開目的所為差別待遇造成之影響。至於此一差別待遇對於目的之達成，仍應有合理之關聯，鑑於現今原住民所受之教育及職業技能訓練程度，通常於就業市場中之競爭力處於相對弱勢，致影響其生活水準，其所採取之分類與達成上開差別待遇之目的間，具有合理之關聯性，與憲法第七條平等原則亦無抵觸。

國家所採取原住民族之保障扶助發展措施原有多端，系爭規定要求得標廠商於履約期間進用一定比例之原住民，亦屬其中之一環。然因此所能提供者，多屬短期或不具技術性之工作，難以增進原住民長期穩定之工作機會及專業技能，國家仍應透過具體政策與作為，積極實踐上開憲法增修條文對於原住民族工作權之保障，並應就該積極優惠措施，依國家與社會時空環境與保障原住民族工作權之需

# 東吳大學 103 學年度博士班招生考試試題

第 7 頁，共 7 頁

|    |             |      |        |
|----|-------------|------|--------|
| 系級 | 法律學系博士班 C 組 | 考試時間 | 100 分鐘 |
| 科目 | 憲法與行政法      | 本科總分 | 100 分  |

求，定期檢討修正。又得標廠商未僱用一定比例之原住民而須繳納代金，其金額如超過政府採購金額者，允宜有適當之減輕機制。有關機關應依本解釋意旨，就政府採購法及原住民族工作權保障法相關規定儘速檢討改進。

附表所示聲請人一、三指摘中華民國九十一年十一月二十七日修正發布之政府採購法施行細則第一百零七條、第一百零八條規定，與憲法平等原則、法律保留原則、比例原則、授權明確性原則有違部分，核其所陳，並未具體指明上開規定客觀上究有何牴觸憲法之處；又聲請人一、三指稱原住民族工作權保障法第二十四條第二項、第三項、聲請人二指稱同條第一項及聲請人四指稱同條第二項等規定，侵害其受憲法保障之平等權及財產權部分，惟查該規定未為各該案確定終局判決所適用，不得執以聲請釋憲。是聲請人等上開部分之聲請，均核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不合，依同條第三項規定，應不受理，併此指明。